Der öffentliche Glaube des Testamentsvollstrecker-Zeugnisses

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Hugo B. R. Weigandt
Referendar aus Leipzig

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Frankfurt a. d. Oder
Königliche Hofbuchdruckerei Trowitzsch & Sohn
1914.

Meinen Eltern
in Dankbarkeit gewidmet

Meinen Eltern
in Dankbarkeit gewidmet

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Inhalt und Umfang des Zeugnisses 2
§ 3. Die Vermutung aus dem Testamentsvollstrecker-Zeugnisse .. 4
§ 4. Beginn und Ende der Vermutung 7

Hauptteil.

Der öffentliche Glaube des Testamentsvollstrecker-Zeugnisses.

§ 5. Voraussetzungen und Wirkungen im allgemeinen 9
§ 6. Der gute Glaube insbesondere 20
§ 7. Die einzelnen Fälle 23
§ 8. Verpflichtungsgeschäfte des Vollstreckers 30
§ 9. Das Verhältnis zu anderen Schutzbestimmungen 33
§ 10. Schluß 36
Ein besonderer Fall des Schutzes.

Literatur-Verzeichnis.

Achilles Greif, Bürgerliches Gesetzbuch. 5. Auflage. Berlin 1906.

Arnoldi, Das Testamentsvollstrecker-Zeugnis. Diss. Remscheid 1912.

Benndorf, Der öffentliche Glaube des Erbscheins. Diss. Leipzig 1907.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben. Leipzig 1903.

Boehm, Ueber den Erbschein. In Gruchots Beiträgen 43, S. 831 f.

Bolck, Zur Frage der Legitimation des Testamentsvollstreckers. Deutsche Juristenzeitung 1903 S. 199 f.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. Tübingen 1912. Band V Erbrecht.

Dernburg, Deutsches Erbrecht. 3. Auflage. Halle 1911.

Drummen, Das Testamentsvollstrecker-Zeugnis. Diss. Gießen 1911

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1899.

Engelmann, Das bürgerliche Recht. Berlin 1903.

Enneccerus, Kipp und **Wolff,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. (Band V Zit. Kipp V.) Zweite Bearbeitung. Marburg 1913.

Eßlinger, Der Erbschein nach dem BGB. Diss. München 1902.

Fischer, Vermutung und öffentlicher Glaube des Erbscheins. Diss. Heidelberg 1907.

Fischer und **Henle,** Das bürgerliche Gesetzbuch. 5. Auflage. München 1902.

Gelbke, Der öffentliche Glaube des Erbscheins. Diss. Leipzig 1905.

Hellwig, Wesen und subj. Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Hennemann, Das Zeugnis für den Testamentsvollstrecker. Diss. Würzburg 1911.

von Hirschfeld, Der öffentliche Glaube des Erbscheins. Diss. Heidelberg 1906.

Jeglinsky, Die rechtliche Natur und der regelmäßige Wirkungskreis des Testamentsvollstreckers. Diss. Breslau 1907.

Kipp siehe Enneccerus.

Krafft, Ueber den Erbschein. In Staudingers Blätter für Rechtsanwendung (64. Jahrgang) Nr. 16 S. 265 ff.

Kretzschmar, Das Erbrecht des deutschen BGB. 2. Auflage. Leipzig 1913.
Leiss, Der Erbschein. Diss. Leipzig 1909.
Leonhard, Franz, Erbrecht (Kommentar zum BGB. V). 2. Auflage. Berlin 1912.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Auflage. Berlin 1908.
Freiherr von Reibnitz, Der öffentliche Glaube des Erbscheins. Diss. Rostock 1902.
Roth, Grundbuchordnung. Leipzig 1908.
Schöldgen, Der öffentliche Glaube des Erbscheins. Diss. Greifswald 1908.
von Staudinger-Herzfelder, Kommentar zum BGB. 5./6. Auflage. München und Berlin 1911.
Strohal, Das deutsche Erbrecht. 3. Auflage. Berlin 1904.
Walther, Das Testamentsvollstrecker-Zeugnis. Diss. Leipzig 1906.
Weiner, Der Erbschein nach dem BGB. Diss. Leipzig 1904.
Voß, Ueber den Erbschein. In Gruchots Beiträgen 43. Jahrgang, S. 635 ff.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLG.). Leipzig.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Deutsche Juristenzeitung (DJZ.).
Gruchot, Beiträge und Erläuterungen des deutschen Rechts.
Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1888.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung. Berlin 1897.
Staudingers Blätter für Rechtsanwendung.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit usw. (ZBlFG.).

§ 1.

Einleitung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat durch § 2368 in Analogie des Erbscheins auch für den Testamentsvollstrecker ein öffentliches Zeugnis geschaffen. Die Motive[1]) zum Entwurfe eines BGB. lehnten eine solche Legitimation noch ab. Sie meinten, daß sie nur dann von erheblicher Bedeutung sein würde, wenn ihr der Charakter eines Legitimationspapieres gegeben würde, auf das die Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Dritten Anwendung fänden, und hielten dies für bedenklich. Auch waren sie der Meinung, daß der Vollstrecker sich leicht durch das seiner Ernennung zugrunde liegende Testament oder durch die öffentlich beglaubigte Urkunde über seine durch den Wahlberechtigten erfolgte Wahl[2]) ausweisen könne.

Die gleichen Gründe, die aber die zweite Kommission bewogen, den Erbschein auf die gewillkürte Erbfolge auszudehnen[3]), ließen sie auch für den Testamentsvollstrecker ein entsprechend wirkendes Zeugnis einführen[4]).

Dieses Zeugnis in seiner jetzigen Gestalt bedeutet eine wesentliche Erleichterung und Sicherung des Rechtsverkehrs. Wird doch der Außenstehende, wenn er mit dem Nachlaß zu tun hat, vor allem auch infolge der Bestimmungen der §§ 2212, 2213 BGB. fast ausschließlich mit dem Vollstrecker in Verbindung treten müssen, und

[1]) Mot. V S. 222.
[2]) BGB. §§ 2198 ff.
[3]) Vor allem die Rücksicht auf die für einen Laien schwierige Prüfung eines umfangreicheren Testaments, die man ihm sonst hätte zumuten müssen.
[4]) Prot. V S. 248 ff., S. 688 ff.

hierbei soll er sich auf das dem Vollstrecker erteilte amtliche Zeugnis verlassen können[5]).

Wie weit dieser Schutz des Dritten durch den öffentlichen Glauben des Testamentsvollstrecker-Zeugnisses reicht, soll in dieser Abhandlung erörtert werden. Dabei wird vor allem zu prüfen sein, inwieweit die Vorschriften über den Erbschein der Bestimmung des § 2368 Abs. III BGB. gemäß entsprechend angewendet werden können und inwieweit sich mit Rücksicht auf die Natur unseres Zeugnisses Besonderheiten ergeben.

§ 2.

Inhalt und Umfang des Zeugnisses.

Ehe wir zum Thema übergehen können, müssen wir feststellen, was eigentlich zum Inhalt unseres Zeugnisses gehört. Ebensowenig wie eine genaue Vorschrift über den Gesamtinhalt des Erbscheins im BGB. enthalten ist[1]), ist der Inhalt des Testamentsvollstrecker-Zeugnisses in § 2368 Abs. I erschöpfend wiedergegeben.

Selbstverständlich ist im Zeugnisse eine genaue Feststellung der Persönlichkeiten des Vollstreckers und des Erblassers vorzunehmen.

Sonst wird in der Regel nur die Tatsache der Ernennung zu erwähnen sein.

Dann hat der Vollstrecker die gewöhnlichen, in den §§ 2203 bis 2206 BGB. angegebenen Befugnisse[2]). Er hat dann also den letzten Willen des Erblassers und unter Umständen eine Erbteilung durchzusetzen. Zu diesem Zwecke

---

[5]) Eine erneute Prüfung soll sich erübrigen. Dies gilt selbst für den Grundbuchrichter; Entsch. d. KG. in Rechtsprechung Bd. 5 S. 430 und Bd. 6 S. 75.

[1]) Mot. V S. 565; Walther S. 4 ff.

[2]) Nach der richtigen Ansicht, die heute auch das Reichsgericht vertritt, übt der Vollstrecker „selbständige Rechte und Pflichten aus, welche ihm durch das Testament zwecks Ausführung des letzten Willens übertragen worden sind". RG. Bd. 32 S. 153, Planck V Bemerkung 2 zu Titel 6, Strohal I S. 295, Dernburg V S. 377 ff. u. a.

hat er den Nachlaß auch zu verwalten. Er kann ihn in Besitz nehmen und über Nachlaßgegenstände verfügen. Soweit es zur ordnungsmäßigen Verwaltung notwendig ist, kann er auch Verbindlichkeiten für den Nachlaß eingehen[3]).

Es fragt sich nun, inwieweit Abweichungen von diesem regelmäßigen Wirkungskreise in das Zeugnis aufzunehmen sind.

Das Gesetz erwähnt in § 2368 Abs. I Satz 2 nur zwei besonders wichtige und häufige Fälle. Darnach hat das Zeugnis anzugeben, daß der Erblasser den Vollstrecker in der Verwaltung beschränkt hat oder daß er ihn zur freien Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß berechtigt hat. Diese Vorschrift soll aber keineswegs andere Angaben ausschließen, sie ist vielmehr dahin zu erweitern, daß a l l e vom Erblasser getroffenen Abweichungen im Zeugnis aufzuführen sind[4]).

Es ist also auch zu erwähnen, wenn der Testamentsvollstrecker ganz von der Verwaltung ausgeschlossen sein soll (§ 2208 Abs. II), wenn ihm nur die Erfüllung einzelner Aufgaben übertragen worden ist (§§ 2222, 2223), endlich wenn Bestimmungen im Sinne des § 2209 BGB. getroffen worden sind[5]).

Wesentlich ist es auch noch, wenn der Erblasser den Wegfall der Testamentsvollstreckung an eine Zeitbestimmung oder an den Eintritt einer Bedingung geknüpft hat[6]). Da hierdurch der Wirkungskreis zeitlich bedeutend eingeengt sein kann, ist eine solche Befristung im Zeugnis zum Ausdruck zu bringen.

[3]) Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht steht ihm grundsätzlich nicht als selbständiges Recht zu (Ausnahme § 2209), sondern nur als Mittel zur Durchführung seiner Hauptaufgabe. Mot. V S. 242, Planck Bem. 2, 2205, Jeglinsky S. 22. Er hat aber freies Verfügungsrecht über Sachen und Rechte. Sogar zum Nachlaß gehörige Grundstücke kann er auflassen, ohne sie zuvor auf den Erben umschreiben lassen zu müssen. GO. § 41 Abs. II.

[4]) So Leonhard Anm. III B, 2368, Strohal II S. 171, Planck Anm. 2, 2368, Entsch. d. KG. im Recht 1901 S. 515.

[5]) Die vorliegende Abhandlung wird diese besonderen Fälle der Testamentsvollstreckung nicht berücksichtigen können.

[6]) Vgl. Walther S. 7.

Endlich müßte auch die Anordnung einer Mehrzahl von Vollstreckern sowie deren von der gesetzlichen Regelung etwa verschiedenes Verhältnis zueinander vermerkt werden.

Ueber alles andere[7]), besonders über den Nachlaß und die Erben, ist nichts anzugeben.

§ 3.

Die Vermutung aus dem Testamentsvollstrecker-Zeugnisse.

Das Testamentsvollstrecker-Zeugnis ist mit der Kraft einer gesetzlichen Vermutung (analog § 2365 BGB.) ausgestattet worden.

Dies war erforderlich, weil es keine öffentliche Urkunde mit den Beweiswirkungen der §§ 415 ff. ZPO. ist. Denn wenn es auch von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse ausgestellt wird, so werden in ihm doch keine Tatsachen, sondern in erster Linie ein Rechtsverhältnis bezeugt[1]). Es gilt hier das Gleiche wie beim Erbschein, der auch im Sinne des Gesetzgebers keine volle Beweiskraft haben sollte[2]).

Die Vermutung schafft nur eine Beweiserleichterung, d. h. sie erbringt den Beweis nur bis zur Widerlegung, wobei der Gegenbeweis im vollen Umfange, selbst durch Eideszuschiebung zulässig ist (§ 292 ZPO.).

Die Vermutung geht nun dahin[3]), daß der im Zeugnis als Testamentsvollstrecker Bezeichnete in Wahrheit Testamentsvollstrecker des darin bezeichneten Erblassers geworden ist, und daß die dem Vollstrecker als solchem zustehenden Befugnisse durch keine anderen Anordnungen des Erblassers als die angegebenen beeinflußt sind.

---

[7]) Vgl. hierzu beim Erbschein Strohal II S. 145.
[1]) Leist S. 85; a. M. Hirschfeld S. 13.
[2]) Mot. V S. 567.
[3]) Walther S. 24.

Hierbei wird gleichzeitig auch die Annahme des Amtes mit bezeugt[4]). Denn das Gericht kann das Zeugnis nur erteilen, nach § 2359 BGB., wenn es die Annahme als festgestellt erachtet. Es kann aber eine Annahmeerklärung immer aus der Stellung des Antrages auf Erteilung des Zeugnisses entnehmen, weil nach der herrschenden Meinung[5]) die Annahme formlos, also auch durch konkludente Handlung dem Nachlaßgerichte gegenüber erklärt werden kann.

Inhaltlich geht die Vermutung zunächst dahin, daß der Bezeichnete tatsächlich Vollstrecker geworden ist. Er ist dadurch aktiv und passiv innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse legitimiert.

Außerdem erstreckt sich die Vermutung darauf, daß *nur* die angegebenen Aenderungen und Abweichungen vom gewöhnlichen, gesetzlichen Umfang der Befugnisse des Testamentsvollstreckers vom Erblasser angeordnet worden sind[6]), und daß *keine* solche Abweichungen bestehen, wenn sie nicht angegeben sind.

Insofern ist unser Zeugnis ungleich reichhaltiger und vielseitiger in seinen möglichen Gestaltungsformen als der Erbschein, bei dem nach §§ 2363 Abs. I und 2364 Abs. I nur die Einsetzung einer Nacherbfolge oder die eines Testamentsvollstreckers zu erwähnen sind.

Die Vermutung erstreckt sich aber nur auf die genannten[7]), gesetzlichen Angaben des Zeugnisses. Sie bezieht sich nur auf solche Aenderungen, die auf einer Anordnung des Erblassers beruhen, nicht dagegen auf solche, die unmittelbar kraft Gesetzes oder auf Grund einer richterlichen Verfügung eintreten.

---

[4]) Entsch. d. RG. v. 13. 1. 06 in ZBJFG. VI S. 774.

[5]) So Planck Anm. 1, 2202, 3 b, 2368, Markus im ZBJFG. III S. 830; and. M.: Fischer und Henle Anm. 1, 2368, Volck in DJZ. 1903 S. 199.

[6]) Auch hinsichtlich des Bestehens der Beschränkungen ist der Beweis positiv. Hennemann S. 50 f. analog b. Erbschein, Planck Anm. 2 b, 2365, Weiner S. 53; a. M. Eßlinger S. 75.

[7]) Siehe § 2 dieser Abhandlung.

Das Zeugnis gewährt wie der Erbschein keine Vermutung für die Zugehörigkeit von Gegenständen in tatsächlicher oder rechtlicher Beziehung zum Nachlaß.

Ebensowenig verbürgt es natürlich auch die Identität des Zeugnisbesitzers mit dem in ihm Genannten.

Es gibt keine Sicherheit gegen die Folgen der Anordnung eines Nachlaßkonkurses oder einer Nachlaßverwaltung.

Im Gegensatz zum Erbschein begründet das Testamentsvollstrecker-Zeugnis keine Vermutung, daß der Vollstrecker den Besitz an den Nachlaßsachen hätte. Diese Vermutung ergibt sich für den Erbschein aus der Bestimmung des § 857 BGB., wonach der Besitz auf den Erben übergeht[8]). Der Vollstrecker dagegen erlangt nicht unmittelbar den Besitz der Nachlaßsachen, er ist vielmehr nach § 2205 l. c. nur berechtigt, den Nachlaß in Besitz zu *nehmen*.

Eine Besonderheit gegenüber dem Erbschein zeigt sich auch bei der Behandlung der Verbindlichkeiten, die der Testamentsvollstrecker für den Nachlaß eingeht. Ohne Zweifel[9]) bezieht sich die Vermutung des Zeugnisses auch auf diese Berechtigung, und zwar sowohl in ihrem gewöhnlichen als in dem nach § 2207 BGB. erweiterten Umfange. Dies ist die weitestgehende und bedeutendste Abweichung im Verhältnis zum Erbschein. Sie ergibt sich aus der verschiedenen Natur der beiden Rechtsinstitute. Der Erbe kann eben nur sich persönlich durch Verträge verpflichten, niemals aber eine Nachlaßverbindlichkeit allein begründen. Der Vollstrecker dagegen verpflichtet, infolge seiner eigenartigen Stellung, wenn er im Rahmen seiner Befugnisse eine Verbindlichkeit eingeht[10]), den Nachlaß und nicht sich selbst.

---

[8]) Es wird nur die Besitzvermutung begründet, nicht dagegen geht der Besitz selbst auf den Scheinerben über: Strohal II S. 148 Anm. 3, Planck Anm. 3c, 2365: a. M. Endemann II S. 523.

[9]) Auf diese Wirkung der Vermutung wird gewöhnlich erst bei Behandlung der §§ 2366/67 Bezug genommen.

[10]) Bestritten ist, ob der Vollstrecker mit sich selbst Rechtsgeschäfte abschließen kann. Bejaht wird dies im Gegensatz zur Wissenschaft im RG. 61 S. 139 und OLG. 4 S. 437, wo Verfügungen des Vollstreckers über Nachlaßgegenstände, z. B. Auf

Da diese Besonderheit, wie erwähnt, natürlich in das Zeugnis aufzunehmen ist, erstreckt sich infolge ihrer großen Bedeutung mit Recht auch die Vermutung auf sie. Man kann deshalb also wohl sagen, daß die Vermutung des Testamentsvollstrecker-Zeugnisses bedeutend weiter gehe als die des Erbscheins[11]).

Endlich mag hier noch kurz auf das Zusammentreffen mehrerer Zeugnisse eingegangen werden. Hier gilt das Entsprechende wie bei mehreren Erbscheinen[12]). Es ist bestritten, ob sie sich hinsichtlich ihrer Vermutung aufheben oder ruhig nebeneinander stehen bleiben, was wohl die praktischere Lösung ist[13]).

Beim Zusammentreffen von Erbschein und Testamentsvollstrecker-Zeugnis hat dagegen das letztere als das speziellere den Vorzug; der durch einen, keine Testamentsvollstreckung angebenden Erbschein Legitimierte müßte also den Beweis der Unrichtigkeit des Vollstreckerzeugnisses erbringen[14]).

§ 4.

Beginn und Ende der Vermutung.

Wann die Wirksamkeit der Vermutung beginnt, hängt davon ab, mit welchem Zeitpunkte man das Zeugnis als erteilt anzusehen hat. Dies ist für den gewöhnlichen Fall der Zeitpunkt der Aushändigung an den Antragsteller oder dessen Vertreter. In Sachsen dürfte die Wirkung im allgemeinen mit der entsprechenden Aushändigung der Ausfertigung[1]) beginnen.

---

lassung und Löschungsbewilligung zu seinenen eigenen Gunsten für wirksam erklärt werden. Er könnte dann also selbst gutgläubiger Dritter sein.

[11]) Vgl. in Verbindung mit Anm. 9 Walther S. 33, Drummen S. 53, Planck Anm. 12, 2368 u. a.

[12]) Näheres hierüber bei Leist S. 41 f.; vgl. die dort zit. Literatur.

[13]) So für den Erbschein Leist S. 41 und Hedemann (ebenda).

[14]) Anders beim öffentlichen Glauben; vgl. § 9 a. A.

[1]) Nach § 533 der Geschäftsordnung f. d. Kgl. Sächs. Justizbehörden sind Erbscheine und ebenso Zeugnisse nach § 2368 BGB. in Urschrift zu den Akten zu entwerfen und nur Ausfertigungen herausgegeben.

Das Zeugnis muß aber bereits früher als erteilt gelten, wenn schon vor der Aushändigung mit Willen des Antragstellers von ihm Gebrauch gemacht worden ist[2]).

Eine erhebliche Einschränkung erfährt der Wert der Vermutung aus dem Testamentsvollstrecker-Zeugnisse dadurch, daß sie nicht auch auf die Fortdauer der einmal eingetretenen Vollstreckung gerichtet ist, daß die Frage des Fortbestehens also stets offen bleibt[3]). Dies ergibt sich aus der ausdrücklichen Vorschrift des § 2368 Abs. III Halbs. 2 BGB., wonach das Zeugnis mit der Beendigung des Amtes des Testamentsvollstreckers von selbst kraftlos wird.

Beim Erbschein gibt es nur einen einzigen entsprechenden Fall. Ist nämlich der Eintritt einer Nacherbschaft von dem zeitlich noch unbestimmten Eintritte eines Ereignisses abhängig gemacht, dann ist aus dem Erbschein nicht zu ersehen, ob die Nacherbfolge bereits eingetreten ist oder nicht.

Das Amt des Testamentsvollstreckers kann aus verschiedenen Gründen endigen. So erlischt es beim Tode des Vollstreckers (§ 2225 BGB.), bei nachträglichem Eintritt eines Unfähigkeitsgrundes aus § 2201, bei Eintritt eines Endtermins oder einer auflösenden Bedingung[4]), ferner durch Kündigung des Vollstreckers (§ 2226), durch Entlassung von seiten des Nachlaßgerichts (§ 2227), und endlich[5]), durch Erledigung seiner Aufgaben.

Alle diese Beendigungsgründe müssen Dritte auch dann gegen sich gelten lassen, wenn sie von der Beendigung keine Kenntnis hatten. Doch ist die hierdurch entstehende Unsicherheit, wie Markus[6]) richtig ausführt, nicht so groß

[2]) So z. B. durch Vorlegen in Urschrift in der Grundbuchabteilung; vgl. Drummen S. 39.

[3]) So Strohal II S. 173, Planck Anm. 3 e, 2368, Markus in ZBJFG. III S. 830.

[4]) Die Vermutung versagt in diesem Falle aber nur, wenn die Bestimmung im Zeugnis angegeben ist; vgl. § 2 a. E.

[5]) Das Nachlaßgericht hat in allen diesen Fällen in analoger Anwendung des § 2361 BGB. von Amtswegen das kraftlose Zeugnis einzuziehen (vgl. auch Preuß. FGG. Art. 15—17). Ferner kann der Erbe nach § 2362 BGB. im Klagewege vorgehen.

[6]) ZBJFG. III S. 830 f.; a. M. Bolck in DJZ. 1903 S 199.

wie man denken könnte. Denn jeder Beteiligte, der ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht, kann auf Grund des § 78 FGG. oder gegebenenfalls auch nach § 85 l. c. durch Akteneinsicht usw. sich genaue Auskunft verschaffen.

Mit Strohal[7]) ist bei der Beendigung des Amtes des Vollstreckers infolge vollständiger Erledigung seiner Obliegenheiten zu unterscheiden, ob er nur einzelne Aufgaben oder ob er den normalen oder annähernd normalen Wirkungskreis hatte. Im ersteren Falle soll die Wirksamkeit des Zeugnisses allerdings mit der Erfüllung der einzelnen Aufgaben enden. Sonst aber soll zur Beendigung noch eine Anzeige des Vollstreckers an das Nachlaßgericht erforderlich sein. Hennemann[8]), der diese Ansicht Strohals verteidigt, stützt sich dabei auf den § 674 BGB., der nach § 2218 auf die Testamentsvollstreckung Anwendung findet. Dadurch wird ein Fortbestehen des Amtes zugunsten des Vollstreckers fingiert, und dies will Hennemann in analoger Anwendung des § 169 BGB. auch zugunsten des gutgläubigen Dritten annehmen. Unterstützt wird diese Ansicht noch durch eine Bemerkung der Protokolle (V. S. 314), wo im Falle des jetzigen § 2368 Abs. III Halbs. 2 von einer „Niederlegung" des Amtes gesprochen wird. Es soll also die Beendigung des Amtes nach außen kenntlich gemacht werden, woraus man den Schluß ziehen kann, daß hier die Vermutung bis zur Anzeige der Beendigung des Amtes beim Nachlaßgericht in Kraft bleibt.

Hauptteil.

Der öffentliche Glaube des Testamentsvollstrecker-Zeugnisses

§ 5.

Voraussetzungen und Wirkungen im allgemeinen.

Die Vermutung ist in erster Linie dem Vorteile des Legitimierten zu dienen bestimmt, der öffentliche Glaube

[7]) Strohal II S. 174, I S. 273; a. M. Planck Anm. 1 b 2225 bis 2227.

[8]) Hennemann S. 71 f.

findet seine Grundlage dagegen im Interesse der Allgemeinheit. In diesem Gedanken erreicht das ganze Institut seinen Höhepunkt[1]). Denn der eigentliche Zweck, zu dem unser Zeugnis geschaffen wurde, die Steigerung der Verkehrssicherheit, konnte nur durch die Ausstattung des Zeugnisses mit der Kraft des öffentlichen Glaubens erreicht werden. Der Dritte wird im Verkehr mit dem Testamentsvollstrecker auf die Richtigkeit des amtlichen Zeugnisses vertrauen, und eben dieses Vertrauen darf ihn nicht zu Schaden bringen. Es wird deshalb also auch hier redlicher Erwerb vom Nichtberechtigten geschützt.

Dabei muß natürlich unter Umständen der Erbe Schaden erleiden. Diesen Nachteil hat der Gesetzgeber in Kauf genommen, wohl in der richtigen Annahme, daß ein unrichtiges Zeugnis bei den genauen Vorschriften über die vor seiner Erteilung vorzunehmenden Prüfung des Rechtes höchst selten sein wird.

Eßlinger[2]) drückt sich sehr anschaulich dahin aus, daß das Gesetz im Interesse eines regen Geschäftsverkehrs die Sicherheit des Rechtserwerbes vor der Sicherheit des Rechtsstandes bevorzugen müsse.

Der Erwerb vom legitimierten Scheinvollstrecker gründet sich gemäß der Verschiedenheit der beiden Rechtsinstitute auf wesentlich andere Voraussetzungen als der Erwerb vom Scheinerben. Wird doch hier anders als beim Erbschein und bei den Bestimmungen der §§ 892 ff., 932 ff. BGB. usw. der gute Glaube an eine Verfügungsberechtigung über fremde Rechte und fremdes Eigentum geschützt. Denn selbstverständlich erlangt der Testamentsvollstrecker niemals das Eigentum oder ein entsprechendes Recht an den Nachlaßgegenständen.

Diese Besonderheit kann man wohl am besten aus der Entwicklung des Vollstreckers aus dem alldeutschen salman[3])

---

[1]) Leist S. 44 f. d. Erbschein.
[2]) Eßlinger S. 82.
[3]) Nach Sohm (Vorlesung über deutsches Privatrecht) hat sich der Testamentsvollstrecker aus einem Institut des deutschen Rechts entwickelt, nach dem der Erblasser noch bei Lebzeiten einem anderen das fiduziarische Eigentum an den Nachlaßgegenständen übertrug.

und aus dem eigentümlichen Verhältnis zum Erben erklären, wonach er besonders geartete Rechte und Pflichten unabhängig vom Willen des Erben ausübt[4]).

Der öffentliche Glaube des Zeugnisses besteht nun darin, daß das Testamentsvollstrecker-Zeugnis insoweit, als seine Vermutung reicht[5]), zugunsten des Dritten, der mit dem Vollstrecker in rechtsgeschäftliche Verbindung tritt, als richtig gilt. (§§ 2366, 2368 BGB.)

Es handelt sich hier um eine Fiktion, gegen die kein Gegenbeweis zulässig ist[6]).

Die Vorschrift bedeutet in ihrem Erfolge, daß der Erwerb von einem tatsächlich nicht Berechtigten doch geschützt wird, wenn der Erwerber das Rechtsgeschäft auf Grund des Bestehens eines Zeugnisses vorgenommen hat, welches den Veräußerer oder Geschäftsgegner als zu diesem Rechtsgeschäft berechtigten Testamentsvollstrecker bezeichnete.

I.

Die erste Voraussetzung für die Möglichkeit eines redlichen Erwerbs ist das Vorhandensein eines rechtsgültigen Zeugnisses. Es genügt aber auch andererseits das tatsächliche Vorhandensein. Nicht notwendig ist, daß der darin als Vollstrecker Bezeichnete es im Besitz, oder daß es gar dem Dritten bei Abschluß des Rechtsgeschäftes vorgelegen hat. Der Dritte braucht nicht einmal vom Bestehen des Zeugnisses überhaupt Kenntnis zu haben[7]).

Nur muß natürlich die Erteilung des Zeugnisses dem Abschlusse des Rechtsgeschäftes vorangegangen sein; folgt sie ihm erst nach, so kann sich der Dritte nicht auf das Zeugnis berufen.

Kein gültiges Zeugnis liegt mehr vor, wenn es vom Nachlaßgericht eingezogen oder für kraftlos erklärt, wenn es nach § 2362 Abs. I oder § 2364 Abs. II BGB. an das

---

[4]) Ueber ähnliche Schutzfälle im BGB. und HGB. vgl. §§ 8 und 9 d. A.

[5]) Deshalb war ein näheres Eingehen auf diese erforderlich: vgl. §§ 3 und 4 dieser Abhandlung.

[6]) Anders bei der Vermutung; vgl. § 3.

[7]) Mot. V S. 569 f.

Nachlaßgericht herausgegeben oder infolge der Beendigung des Amtes des Testamentsvollstreckers von selbst kraftlos geworden ist[8]).

Bestritten ist, ob es beim Abschlusse eines Rechtsgeschäftes auf der einen oder anderen Seite auf den subjektiven Glauben an die Vollstreckereigenschaft oder ein Handelnwollen in dieser Eigenschaft ankommt. Da, wie eben ausgeführt worden ist, nicht einmal irgendein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Rechtsgeschäft und dem Zeugnisse verlangt wird, demnach eine dahingehende Absicht des Gesetzgebers völlig verleugnet ist, erscheint es nicht zulässig, den Eintritt des Schutzes von mehr Bedingungen abhängig zu machen, als im Gesetz selbst bezeichnet sind. Dabei wird ganz von den ungemein schwierigen Beweisfragen abgesehen, die eine praktische Durchführung unmöglich machen würden. Deshalb gehen Staudinger[9]) und Planck[10]) entschieden zu weit, wenn sie verlangen, daß der Vollstrecker in seiner Vollstreckereigenschaft habe handeln *wollen*[11]). Es dürfte vielmehr das Gegebene sein, keinerlei subjektive Momente zu berücksichtigen.

II.

Geschützt ist genau wie beim Erbschein nur der Erwerb von *Nachlaßgegenständen*, bei deren Bestimmung analog dem eben Ausgeführten ebenfalls jedes subjektive Moment auszuscheiden hat.

Der öffentliche Glaube erstreckt sich also ebensowenig wie die Vermutung auf die Zugehörigkeit der im Besitze des Vollstreckers befindlichen Gegenstände zum Nachlaß. Gehört ein Gegenstand nicht dazu, so kann er auch niemals nach den hier behandelten Vorschriften gutgläubig erworben werden.

Auch ein Erwerb der ganzen Erbschaft würde nicht unter diesen Begriff fallen und deshalb nicht geschützt werden. (Vgl. Planck V Anm. II 4 2366.)

---

[8]) Vgl. oben § 4.
[9]) Staudinger V Anm. III A 1, 2365—67.
[10]) Planck V Anm. III 2, 2366.
[11]) So Weiner S. 59 f., Hennemann S. 57, Leist S. 48 f. immer entsprechend f. d. Erbschein.

Sonst aber trifft der Schutz alle denkbaren Nachlaßgegenstände[12]), sowohl Mobilien wie Immobilien, materielle wie immaterielle Gegenstände, also vor allem *auch Forderungen*, Patentrechte, Gebrauchsmuster u. dergl.

III.

Entsprechend den Bestimmungen beim Erbschein wird weiter vorausgesetzt, daß der Erwerb *rechtsgeschäftlicher* Natur ist.

Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist im Gesetz nicht definiert. Nach den Motiven zum BGB. (Bd. I S. 126) ist unter Rechtsgeschäft eine Privatwillenserklärung zu verstehen, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolgs, welcher nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist. Diesem Begriffe entspricht aber nur das wirksame Rechtsgeschäft, während das Gesetz auch von nichtigen und unwirksamen Rechtsgeschäften spricht. Es versteht also unter Rechtsgeschäft einfach die auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolgs gerichtete Privatwillenserklärung.

Nicht dem Schutze untersteht Erwerb, der unmittelbar kraft Gesetzes eintritt. Solcher Erwerb gesetzlicher Natur liegt z. B. vor bei Ersitzung, Verbindung, Vermischung, Verarbeitung, Aneignung usw.[13]).

Weiter wird deshalb nicht geschützt der Erwerb gesetzlicher Pfandrechte nach BGB. und, weil er ohne Mitwirkung des Legitimierten erfolgt, der Erwerb, den ein Dritter dadurch macht, daß auf Grund der im Art. 91 EG. z. BGB. aufrecht erhaltenen Landesgesetze eine Sicherungshypothek zu seinem Gunsten eingetragen wird[14]). Dieser Fall kann dann eintreten, wenn die zugrunde liegende Verbindlichkeit vom Testamentsvollstrecker begründet wird.

---

[12]) Strohal II S. 154. Näheres hierüber beim Erbschein: Leist S. 54 f., Benndorf S. 47 f.

[13]) Ein Erwerb von Todeswegen kommt für das Testamentsvollstrecker-Zeugnis nicht in Frage, weshalb hier die Streitfrage, ob dies gesetzlicher Erwerb ist, ausscheidet.

[14]) Benndorf S. 62. Sicherungshypotheken nach § 54 FGG. und § 1287 BGB. kommen für den Vollstrecker nicht in Betracht.

Nicht rechtsgeschäftlich, da gegen den Willen des Vollstreckers, ist ferner ein Erwerb von Nachlaßgegenständen, der im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung geschehen ist. Diesen Erwerb wollte Entwurf I (§ 837, im Rahmen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs) schützen, weil auch das zwangsweise erworbene Recht Gegenstand des Verkehrs sein sollte. Schon der zweite Entwurf ging aber hiervon ab. Bestimmend mag dafür gewesen sein, daß sonst die Gläubiger des Legitimierten auf Kosten des wirklich Berechtigten befriedigt werden würden[15]).

Ebenso fallen nicht unter den Begriff des Rechtsgeschäfts die Führung eines Rechtsstreits und seine Ergebnisse[16]). Daß Prozeßführung und Urteil vom Schutze der §§ 2366/67 nicht getroffen werden, erscheint besonders unbillig, so daß für die Praxis eine Einführung per analogiam empfohlen worden ist. Denn nach § 327 ZPO. wirkt ein Urteil, welches zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem Dritten ergangen ist, auch für und gegen den Erben, und nach § 728 Abs. II l. c. kann von einem nach § 327 wirksamen Urteil eine vollstreckbare Ausfertigung gegen den Erben erteilt werden. Hat nun ein Dritter aber nur gegen einen Scheinvollstrecker ein obsiegendes Urteil erstritten, so treten die genannten Wirkungen nicht ein, d. h. der ganze Prozeß war vergebens.

Geschützt dagegen wird der fingiert rechtsgeschäftliche Erwerb im Sinne der §§ 894 und 897 ZPO. Er liegt dann vor, wenn ein Schuldner rechtskräftig zur Abgabe einer Willenserklärung, besonders zur Uebertragung des Eigentums oder zur Bestellung eines Rechts an einer beweglichen Sache verurteilt worden ist[17]). Der Schutz beruht hier auf der ausdrücklichen Bestimmung des § 898 ZPO.

---

[15]) Weiner S. 62, Planck Anm. II 4, 2366 Standinger Anm. III C 1, 2365—67. Leist S. 53.

[16]) So Strohal II S. 151, Leonhard II B 3 d, 2366; vgl. Hennemann S. 61 f.; a. M. Hellwig S. 464 f.; hiergegen Binder II S. 15 f. Anm. 72.

[17]) Weitere Fälle in § 897 Abs. II ZPO.

Bei der Frage, ob es sich um rechtsgeschäftlichen Erwerb handelt, kommt es nicht darauf an, daß dem Erwerb irgendwie ein Rechtsgeschäft zugrunde liegt. Allein die Rechtsnatur des Erwerbsaktes, nicht die causa[18]) des Erwerbs ist entscheidend. Es scheiden also Erwerbungen aus, bei denen zwar ein Rechtsgeschäft mitspielt, das aber nicht die unmittelbare Quelle des Erwerbs ist, sondern nur die Grundlage, auf der sich der Erwerb erst vermöge eines anderen Rechtsaktes oder Rechtsverhältnisses aufbaut[19]).

Hieraus darf man nun aber nicht wie Krafft zu weitgehende Folgerungen ziehen, daß z. B. der Erwerb der Eigentümerhypothek, die dieser durch Verzicht des Gläubigers nach § 1168 Abs. II BGB. erlangt, nicht geschützt sei, da der Erwerb hier nicht kraft des rechtsgeschäftlichen Willens eintrete. Vielmehr muß man mit Leist[20]) hier den Schutz gewähren, da in Wirklichkeit der Verzicht die grundlegende Ursache des Erwerbs ist. Daß noch andere Umstände hinzukommen, bleibt unerheblich.

Aehnlich liegt der Fall auch beim Erwerbe eines Grundstücks vom Vollstrecker[21]). Auch hier ist außer dem Rechtsgeschäft noch ein anderes Moment, nämlich die Eintragung erforderlich, der redliche Erwerber wird aber trotzdem geschützt.

Richtig im Sinne der Krafft'schen Ausführungen ist dagegen kein rechtsgeschäftlicher Erwerb anzunehmen, wenn jemand eine vom Vollstrecker derelinquierte Sache okkupiert. Dieser Erwerb wird nicht nach unseren Vorschriften geschützt, da zwar sowohl Dereliktion wie Okkupation Rechtsgeschäfte sind, aber der Zusammenhang zwischen beiden fehlt, der Dritte also nicht vom Legitimierten[22]) seinen angeblichen Erwerb herleiten kann[23]).

---

[18]) Eßlinger S. 86 beim Erbschein.
[19]) Krafft S. 273 f.
[20]) Leist S. 52.
[21]) Nur des Gegensatzes halber sei erwähnt, daß das Testamentsvollstrecker-Zeugnis zum Grundstückserwerb für den Erben nicht ausreicht, da dieser darin nicht angegeben ist.
[22]) Vgl. den folgenden Abs. IV.
[23]) Walther S. 35.

Entsprechend dem Anfall der Eigentümerhypothek nach § 1168 BGB. werden auch die ähnlichen Fälle geschützt, in denen sich infolge eines rechtsgeschäftlichen Erwerbs vom Vollstrecker notwendig ein weiterer, nunmehr aber auf gesetzlicher Vorschrift beruhender Erwerb ergibt. Erwähnt sei hier nur ein Beispiel: Der legitimierte Vollstrecker tritt ein Sparkassenguthaben des Erben an den gutgläubigen Dritten ab. Damit erwirbt dieser außer dem Guthaben auch das Buch, ohne daß eine Uebergabe erfolgen müßte[24]).

Aehnlich ist das Ergebnis, wenn der Dritte gutgläubig an den Legitimierten eine Nachlaßforderung bezahlt, für die er Bürgschaft geleistet hatte. Dann geht nach § 774 BGB. die Forderung gegen den Hauptschuldner auf ihn über, abgesehen davon, daß er von der Bürgschaftsverbindlichkeit befreit ist. Auch der Erwerb dieser Forderung gegen den Hauptschuldner ist gedeckt.

Die zuletzt genannten Fälle stehen allerdings einem rein gesetzlichen Erwerb so nahe, daß man ihren Schutz fast als Ausnahme von der Regel der §§ 2366/67 BGB. bezeichnen könnte[25]).

IV.

Das Gesetz stellt im § 2367 das weitere Erfordernis auf, daß das Rechtsgeschäft *zwischen* dem Legitimierten und dem Dritten vorgenommen werden müßte. Diese Bestimmung ist im wesentlichen wohl auch auf § 2366 auszudehnen, wo vom Erwerb *von* dem Legitimierten die Rede ist.

Strohal[26]) macht gemäß dem Wortlaute der Paragraphen hier einen Unterschied und führt durch Vergleich mit den §§ 892, 893 BGB. aus, daß nur im Falle des § 2367 Abs. II bei den erbrechtlichen Bestimmungen das Rechtsgeschäft *zwischen* dem Dritten und dem Legitimierten abgeschlossen werden müßte.

Eßlinger, und an diesen anschließend Leist[27]) sind dagegen der Ansicht, daß § 2367 Abs. II die Regel aufstelle,

[24]) § 952 BGB. Gelbke S. 39.
[25]) Strohal II S. 164 ff., Planck Anm. 1 a, 2367.
[26]) Strohal II S. 163 Anm. 22.
[27]) Eßlinger S. 89 f., Leist S. 57.

die für alle rechtsgeschäftlichen Erwerbsfälle gelten müsse. Sie lassen aber allgemein, wie Strohal auch zu § 2367 Abs. II, Ausnahmen zu, und kommen dadurch zum selben Resultate wie dieser.

Als solche Ausnahmen gehören hierher folgende Fälle[28]):

a) Durch einen Schuldübernahmevertrag zwischen dem Legitimierten als Gläubiger und einem anderen wird der bisherige Schuldner ohne sein Zutun befreit.

b) Der Legitimierte kann die Erklärungen auf Löschung einer Grunddienstbarkeit oder Eintragung seines Verzichts auf eine Nachlaßhypothek zugunsten eines Dritten auch unmittelbar dem Grundbuchamte gegenüber abgeben.

c) Ebenso kann der Legitimierte die Zustimmung zu einer Rangänderung zweier Hypotheken an einem Nachlaßgrundstück, die zwischen den Gläubigern vereinbart worden ist, durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte erteilen[29]).

Alle diese Ausnahmen entsprechen der Billigkeit gegenüber dem betroffenen Dritten.

Das Erfordernis, daß das Rechtsgeschäft zwischen den Beteiligten erfolgen muß, soll natürlich eine Stellvertretung nicht ausschließen, eine solche ist im Rahmen der Vertretungsmacht vielmehr voll zulässig.

V.

Ein kleiner Unterschied besteht zum Erbschein in der Ausdehnung des Schutzes hinsichtlich der Entgeltlichkeit der Geschäfte.

Während dort entgeltliche wie unentgeltliche Verfügungen gleichmäßig vom Schutz der §§ 2366/67 getroffen werden, handelt es sich beim Testamentsvollstrecker regelmäßig nur um entgeltliche Verfügungen. Bestimmt doch § 2205 Satz 3, daß der Vollstrecker nur zu solchen unentgeltlichen Verfügungen berechtigt ist, die einer sittlichen

---

[28]) Vgl. Strohal II S. 161 ff., wo die Fälle näher erörtert sind.

[29]) Bei c) liegt eine Ausnahme vom § 2367 Abs. II vor; vgl. Leist S. 59.

Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen[30]).

Für in diesem engen Rahmen gültigen unentgeltlichen Erwerb vom Nichtberechtigten gilt dann auch zugunsten des Erben die Vorschrift der §§ 812 ff. BGB.

VI.

Der öffentliche Glaube kommt nur den Dritten zugute, die sich mit dem Vollstrecker in Rechtsgeschäfte einlassen. Nicht dagegen wirkt ein vom legitimierten Vollstrecker gemachter Erwerb zugunsten des Erben. Wird z. B. dem Vollstrecker gegenüber eine Nachlaßschuld vom Dritten erlassen, oder wird ihm gegenüber auf ein Recht am Nachlaß oder auf die Belastung einer Nachlaßsache verzichtet, so kann hieraus der Erbe keinen Erwerb für sich herleiten[31]). Man könnte hier in Anbetracht der von den Verhältnissen beim Scheinerben abweichenden Sachlage zweifelhaft sein, weil ja meist der Dritte sowieso die Absicht gehabt haben wird, nicht dem Scheinvollstrecker, sondern dem Erben selbst einen Vorteil zukommen zu lassen. Es sind aber auch Fälle denkbar, wo der Dritte wirklich nur dem von ihm für den Testamentsvollstrecker Gehaltenen sein Amt erleichtern wollte, und vor allem findet sich im Gesetz keine Bestimmung, aus der man hier einen Schutz des Erben herleiten könnte.

Selbst nach dem Surrogationsprinzip des § 2019 BGB. kann kein Erwerb des Erben vom Testamentsvollstrecker erfolgen. Denn § 2019 setzt als Vermittler des Erwerbs einen Erbschaftsbesitzer voraus. Der Testamentsvollstrecker kann aber niemals Erbschaftsbesitzer[32]) sein, da er sich ja nicht ein Erbrecht am Nachlasse anmaßt, sondern nur ein Verfügungsrecht über fremde Gegenstände.

Sehr bestritten ist in der Literatur die Bedeutung des Ausdrucks „zugunsten des Dritten", der sich aus § 2366 BGB. ergibt.

---

[30]) § 2206 Satz 2 BGB. dehnt diese Vorschrift auf die Eingehung von Verbindlichkeiten aus.

[31]) Leist S. 49.

[32]) Vgl. über diesen Begriff Strohal II S. 379, Staudinger Anm. III B 1, 2018.

Weiner und Benndorf[33]) z. B. meinen, daß es zu weit ginge, wollte man die Worte „zugunsten" so auffassen, als sei es damit ins Belieben des Dritten gestellt, ob er von dem Schutze der §§ 2366 f. Gebrauch machen wolle oder nicht. Sie begründen ihre Ansicht damit, daß das Gesetz den Dritten doch nur nicht schlechter, keinesfalls aber besser habe stellen wollen, als es bei gültigem Zeugnis der Fall gewesen wäre. Auch fürchtet Weiner große Verwirrungen davon, daß der Erbe nicht wüßte, ob der Dritte den Erwerb gelten lassen würde oder nicht[34]).

Sie folgern, daß auch gegen den Willen des Dritten alle Rechtsgeschäfte aufrecht zu erhalten seien, die unter die Schutzvorschriften fallen.

Auch Leist[35]) ist der Ansicht, daß das Rechtsgeschäft immer dann gültig sei, wenn irgendein Erwerb auf seiten des Dritten vorgelegen habe, gleichgültig, ob sich das Ergebnis später als für ihn ungünstig herausstellte.

Meines Erachtens ist diese Meinung gegenüber den klaren Worten des Gesetzes „zugunsten" unhaltbar. Daß der Erwerb nicht zu Lasten des Dritten geltend gemacht werden kann, geben auch Leist, Benndorf usw. zu[36]). Wo also lediglich ein Verlust des Dritten in Frage kommt, wie in den erwähnten Fällen des Erlasses einer Nachlaßschuld oder des Verzichts eines Dritten auf ein Recht gegenüber dem Scheinvollstrecker, wird das Versagen des Schutzes allgemein anerkannt. Da der Schutz aber zu seinen „Gunsten" wirken soll, kann es auch dem Dritten meines Erachtens nicht zugemutet werden, ungünstige Rechtsgeschäfte gegen sich wirken lassen zu müssen, weil ursprünglich auch auf seiner Seite ein Erwerb vorgelegen hat[37]). Man denke auch an die Unmöglichkeit einer Be-

---

[33]) Weiner S. 58, Benndorf S. 39 f.

[34]) Er bedenkt dabei nicht, daß solche Verwirrungen auch so eintreten müssen, da der Erbe ja nie weiß, wann die Voraussetzungen des redlichen Erwerbs im einzelnen Falle zutreffen.

[35]) Leist S. 50.

[36]) Leist a. a. O., Benndorf S. 39, Weiner S. 58; vgl. auch Staudinger Anm. III B, 2365 ff.

[37]) So Planck Anm. IV 2, 2366, Weiner S. 29.

weisführung bei gutgläubigem Erwerb gegen den Willen des Erwerbers!!

Man wird sich also dahin entscheiden müssen, daß der Erbe auf eine Rechtsänderung infolge der hier behandelten Schutzvorschriften sich nicht berufen kann, solange sie der Dritte nicht selbst geltend macht.

VII.

§ 6.

Insbesondere der gute Glaube.

Guter Glaube ist ein vom Gesetz nur negativ bestimmter Begriff. Er besteht nicht in der Ueberzeugung von der vollen Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, sondern in der Unkenntnis der einen Erwerb ausschließenden Umstände. Dies ist vor allem entscheidend für die Beweisfrage: Der Erbe muß dem Dritten seine mala fides nachweisen, bona fides wird vorausgesetzt.

Der gute Glaube besteht in unserem Falle nun darin[1]), daß der Dritte die Unrichtigkeit des Testamentsvollstrecker-Zeugnisses nicht kennt und nicht weiß, daß das Nachlaßgericht die Rückgabe des Zeugnisses wegen Unrichtigkeit verlangt hat[2]).

Nur die tatsächliche Kenntnis, nicht auch ein Kennenmüssen[3]) hindert das Eintreten des Schutzes. Der Grund hierfür ist wie entsprechend im Grundbuchrecht darin zu finden, daß der Dritte sich auf die vorausgegangene richterliche Prüfung voll verlassen können soll.

Das Gesetz spricht in § 2366 nur von einer Kenntnis der Unrichtigkeit des Zeugnisses selbst, nicht auch von Tatsachen, aus denen sie sich ergibt. Eine Kenntnis solcher

---

[1]) Analog der negativen Bestimmung für den Erbschein im § 2366 BGB.

[2]) Mit dem zweiten Punkt vergleicht Reibnitz S. 57 ff. recht geschickt den Fall der Eintragung eines Widerspruchs ins Grundbuch.

[3]) Also keine Fahrlässigkeit. Ebenso §§ 891 ff., anders §§ 932 ff.

Tatsachen schadet dem Dritten also noch nicht[4]). Höchstens kann der Richter, dessen freien Ermessen die Entscheidung hierüber bei der Schwierigkeit des Beweises voll überlassen werden muß, wohl oft aus der Kenntnis bloßer Tatsachen den Schluß auf die volle Bösgläubigkeit des Dritten ziehen[5]).

Die Unrichtigkeit des Zeugnisses muß dabei eine wesentliche sein. Nicht kann es dem Dritten schaden, wenn er weiß, daß unerhebliche tatsächliche Angaben falsch sind. Nur die Kenntnis der Momente, auf die sich die Vermutung aus dem Zeugnis erstreckt, schließt die bona fides aus.

Die Kenntnis muß sich weiter gerade auf den Punkt beziehen, auf den der Dritte sich für seinen Erwerb beruft[6]). Ist das Zeugnis also in mehreren Punkten unrichtig, so ist es gleichgültig, wenn der Erwerber eine der anderen Unrichtigkeiten gekannt hat, auf die er seinen Erwerb nicht stützt[7]).

Ein weiterer Fall von Bösgläubigkeit ergibt sich bei analoger Anwendung des § 142 Abs. II BGB. Ist eine letztwillige Verfügung, auf die die Testamentsvollstreckung gegründet ist, *anfechtbar*, so ist das Zeugnis trotzdem richtig, solange die Anfechtung nicht erfolgt. Kennt jedoch der Dritte diese Anfechtbarkeit (und erfolgt die Anfechtung dann wirklich!), so ist er bösgläubig und wird nicht geschützt[8]). Im Rahmen der erbrechtlichen Vorschriften muß man aber auch hier annehmen, daß nur die tatsächliche Kenntnis der Anfechtbarkeit schadet, ein Nichtkennen aus Fahrlässigkeit aber einflußlos ist.

Der Kenntnis der Unrichtigkeit des Zeugnisses ist es nach § 2366 gleichgestellt, wenn der Dritte weiß, daß das Nachlaßgericht *die Rückgabe des Zeugnisses*

---

[4]) Anders stellten sich Entw. I § 2077 Abs. II und Entw. II § 2230; vgl. Staudinger Anm. III A 2, 2366, Planck Anm. V 1 a, 2366.

[5]) Planck a. a. O., Dernburg, Sachenrecht S. 138 (§ 46).

[6]) Leonhard Anm. II D 1 a, 2366.

[7]) Anders bei Kenntnis der Rückforderung durch das Nachlaßgericht; vgl. unten.

[8]) Crome S. 292, Planck Anm. V 1 a, 2366, Leonhard a. a. O.

wegen Unrichtigkeit verlangt hat. Hier ist es ganz gleichgültig, aus welchem Grunde die Rückforderung durch das Gericht erfolgt. Wenn Walther meint, daß man auch hier einen Unterschied machen müsse, so ist für die von ihm gemachte Ausnahme keinerlei Anhalt im Gesetz gegeben[9]). Vielmehr macht die Kenntnis der Rückforderung allgemein bösgläubig, einerlei, weswegen das Verlangen des Nachlaßgerichts ergangen ist und ob mit Recht oder nicht[10]).

Die Rückforderung muß vom Nachlaßgericht ausgehen[11]). Nur dieser Fall beeinflußt die Gutgläubigkeit, nicht etwa auch die Kenntnis davon, daß nach den §§ 2362 Abs. II, 2364 Abs. II BGB. Herausgabe an das Nachlaßgericht verlangt worden ist.

Während im Falle des § 2361 das Nachlaßgericht die Einziehung infolge seiner genauen Kenntnis der Sachlage annehmbarerweise nur wegen einer tatsächlich feststehenden Unrichtigkeit betreiben wird, handelt es sich bei dem Herausgabeverlangen nach § 2362 usw. um einen reinen Parteiakt, dem keinerlei besondere Glaubwürdigkeit zukommt. Deshalb behandelt das Gesetz mit Recht diese beiden Fälle so verschieden. Das Bild ändert sich aber, wenn auf die Klagen nach §§ 2362, 2364 hin eine rechtskräftige Verurteilung zur Herausgabe erfolgt und dies dem Dritten bekannt ist. Deshalb nimmt Staudinger[12]) dann auch hier ein Vorhandensein von mala fides an.

Von großer Wichtigkeit vor allem bei der praktischen Anwendung ist der Zeitpunkt, bis zu dem der Dritte gutgläubig sein muß. Man kann hier den allgemeinen Grundsatz aufstellen, daß der gute Glaube des Dritten vorhanden sein muß, bis das betreffende Rechtsgeschäft vollendet ist[13]).

Dies ist von besonderer Wichtigkeit im Immobiliarverkehr, da hier meist noch die Eintragung hinzukommen

---

[9]) Walther S. 42, Weiner S. 77 Anm. 1, Eßlinger S. 103.
[10]) Leonhard Anm. II D 2 b, 2366, Leist S. 65.
[11]) Leonhard a. a. O.
[12]) Staudinger Anm. III A 2, 2366 in Anlehnung an den RGR.-Komm. Bem. 8, 2366.
[13]) So Krafft S. 290, Hennemann S. 58, Leist S. 60; a. M. Benndorf S. 36; vgl. auch die dort zit. Literatur.

muß und der wichtige § 892 Abs. II BGB. dabei auf die erbrechtlichen Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb keine Anwendung findet[14]).

Bei Urteilen, durch die ein Rechtsgeschäft ersetzt wird (§§ 894, 897, 898 ZPO.) ist der Moment der Rechtskraft entscheidend[15]).

Läßt sich der Dritte beim Abschluß des Rechtsgeschäfts vertreten, so sind zwei Fälle zu unterscheiden. Handelt es sich um gesetzliche Stellvertretung (z. B. Vormund), so ist allein die Kenntnis des Vertreters maßgebend, da ja hier der Wille des Vertretenen gar nicht in Frage kommt. Ebenso schadet bei gewillkürter Stellvertretung in der Regel nur Bösgläubigkeit des Vertreters (vgl. § 166 Abs. I BGB.). Hat dieser aber nach bestimmten Weisungen seines Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich der Vertretene nicht auf den guten Glauben des Vertreters stützen, wenn er selbst die Unrichtigkeit des Zeugnisses kannte (Abs. II l. c.).

Selbstverständlich kommt auf die Redlichkeit eines Rechtsnachfolgers[16]) des gutgläubigen Erwerbers gar nichts mehr an.

§ 7.

Die einzelnen Fälle.

I.

Geschützt wird in entsprechender Anwendung des § 2366 jeder gutgläubige Dritte, der von dem in einem Testamentsvollstrecker-Zeugnis fälschlich als Testamentsvollstrecker[1]) Bezeichneten durch Rechtsgeschäft einen Nachlaßgegenstand, ein Recht an einem solchen Gegenstande oder die Befreiung von einem zum Nachlaß gehörenden Rechte erwirbt.

Dies heißt, der Dritte soll so gestellt sein, als ob er den Erwerb von einem wirklich gültig eingesetzten Testamentsvollstrecker gemacht habe.

---

[14]) Krafft S. 290.
[15]) Prot. V S. 684.
[16]) Prot. III S. 85.

[1]) Der Uebersichtlichkeit und größeren Deutlichkeit halber ist hier nur dieser Fall erwähnt. Es gilt natürlich das Entsprechende, wenn nur der Umfang der Befugnisse eines wirklichen Vollstreckers unrichtig angegeben ist.

Der § 2366 trifft alle erwerbsvermittelnden Verfügungen, wobei gleich bemerkt sei, daß Rechtsgeschäfte, durch die sich der Testamentsvollstrecker zu einer späteren Rechtsänderung verpflichtet, nach dem klaren Wortlaut nicht in Frage kommen können[2]).

Es soll hier schon der Begriff der Verfügung, der dann besonders im § 2367 eine Rolle spielt, erörtert werden. Ich folge dabei den ausführlichen, zutreffenden Erläuterungen Benndorfs[3]).

Verfügungen führen immer unmittelbar eine Rechtsänderung herbei im Gegensatz zu obligatorischen Rechtsgeschäften, durch die nur eine Verpflichtung zu einer später vorzunehmenden Rechtsänderung begründet wird. Sie zerfallen in echte Verfügungsgeschäfte und verfügende Gestaltungsgeschäfte.

Die ersteren sind Zuwendungsgeschäfte, d. h. durch gegenständliche Rechtsänderung den Gegner einseitig bereichernde Rechtsgeschäfte; zu ihrem inneren Verständnisse bedürfen sie stets der Ergänzung durch ein Kausalgeschäft. Sie sind immer Verträge[4]).

Außer diesen Verfügungsgeschäften im eigentlichen Sinne gibt es noch andere Tatbestände mit Verfügungswirkung. Soweit sie nicht rechtsgeschäftlicher Art sind, kommen sie hier nicht in Betracht. Im übrigen sind sie Gestaltungsgeschäfte. Sie sind einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte[5]). Wenn sie die Rechtslage eines Gegenstandes ändern, so liegt ein verfügendes Gestaltungsgeschäft vor, auf das die Vorschriften über die echten Verfügungsgeschäfte Anwendung finden.

Beide Gruppen werden von den „Verfügungen" der §§ 2366 f. umfaßt.

---

[2]) Vgl. § 8 dieser Abhandlung.

[3]) Benndorf S. 44 f. in Anlehnung an Sohm, der Gegenstand (vgl. Benndorf und die dort zit. Literatur).

[4]) Ausnahme: die Aufhebung eines begrenzten dinglichen Rechts erfolgt durch einseitiges Rechtsgeschäft.

[5]) Nur Wandelung und Minderung sind Verträge nach § 465 BGB.

A.

Als erstes geschütztes Rechtsgeschäft ist der Erwerb eines Nachlaßgegenstandes erwähnt.

Es gibt körperliche und unkörperliche Gegenstände. Die ersteren bezeichnet das Gesetz als Sachen[6]). Hierunter fallen sowohl Mobilien wie Immobilien. Das Wesentliche der Sache ist, daß sie stets einen selbständigen Verfügungsgegenstand bildet. Keine Sachen sind deshalb Sachinbegriffe und Sachbestandteile.

Trotzdem wird man auch beim Erwerb von Sachinbegriffen den Schutz eintreten lassen müssen, z. B. beim Erwerb eines Warenlagers, einer Bibliothek[7]). In Wahrheit liegt dann nicht eine Verfügung vor, sondern eben so viele, als Gegenstände dazugehören.

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch des Gesetzes fallen unter „Gegenstände" auch unkörperliche, also vor allem Rechte. Hier handelt es sich nur um solche Rechte, die ihrerseits einen selbständigen Nachlaßgegenstand darstellen im Gegensatz zu den „Rechten an Nachlaßgegenständen"[8]).

Es gehören hierher die absoluten Rechte wie Namens- und Zeichenrechte, Urheberrecht, Verlagsrecht u. a. Gewisse Rechte werden vom Gesetz sogar den körperlichen Sachen gleichgestellt, so im BGB. das Erbbaurecht[9]), nach Landesrechten das Erbpachtrecht und andere erbliche Rechte; wieder andere Berechtigungen werden nicht ihrem Gegenstande nach, sondern wegen der Art ihrer Ausübung den Grundstücken gleich gestellt[10]).

Aber auch die einfachste Darlehnsforderung z. B. wird hier als verfügbarer Gegenstand in ihrem Erwerbe geschützt.

Bei allen diesen erwähnten Gegenständen ist es gleichgültig, ob sie von Anfang an zum Nachlaß gehörten oder

---

[6]) d. h. soweit sie Gegenstand von Verfügungen sein können.

[7]) Entsprechendes gilt für Rechte, z. B. bei einer Aussteuer.

[8]) Vgl. Gelbke S. 43.

[9]) Im Grundbuchrecht gilt als Sache, was ein selbständiges Grundbuchblatt hat.

[10]) Gelbke S. 43 f.

durch Ersatzberechtigung (§§ 2019, 2111 BGB.) erst später dazu gekommen sind[11]).

B.

Ferner soll geschützt sein der Erwerb von Rechten an Nachlaßgegenständen.

Dabei kann es sich nur um den Erwerb von dinglichen Rechten handeln. Dies ergibt sich aus dem Sprachgebrauch des Gesetzes, das unter dem Recht „an" einer Sache stets ein dingliches Recht versteht.

Solche Rechte sind an beweglichen Sachen sowie an Rechten der Nießbrauch und das Pfandrecht, bei unbeweglichen Sachen kommen Reallasten, Grunddienstbarkeiten, Vorkaufsrecht und die Hypothekenrechte dazu.

Weiter sind aber durch das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche viele alte Rechte in Kraft erhalten geblieben, und auch eine Begründung neuer solcher Rechte in den dem Landesrecht vorbehaltenen Gebieten ist möglich.

Nicht hierher gehören aber öffentliche Rechte, z. B. die Reallasten des öffentlichen Rechts[12]).

C.

Außer dem Erwerb eines Nachlaßgegenstandes oder eines Rechtes an einem solchen untersteht dem Schutze des § 2366 BGB. noch der Fall, daß jemand durch eine rechtsgeschäftliche Verfügung des Legitimierten von einem zum Nachlasse gehörenden Rechte befreit wird.

Während das Recht an einem Nachlaßgegenstand, das der Dritte erwerben kann, nur ein dingliches Recht sein kann, ist es bei der Befreiung von einem Nachlaßrechte gleichgültig, ob es sich um obligatorische oder dingliche Rechte handelt. Es wird nur verlangt, daß das Recht, über das der Testamentsvollstrecker verfügt, zum Nachlasse gehört. Dann soll der gutgläubige Dritte so gestellt sein, als ob ein rechtsgültig eingesetzter Vollstrecker die Ver-

[11]) Strohal II S. 154 Anm. 6 i, Leonhard Anm. II A 1, 2366.

[12]) Vgl. Gelbke S. 48.

fügung vorgenommen hätte, durch die er die Befreiung erlangte.

Es gehören hierher sowohl Verträge als auch einseitige Befreiungsgeschäfte. Da auch obligatorische Rechte betroffen werden, wird der Dritte z. B. geschützt, wenn ihm der Scheinvollstrecker eine Nachlaßforderung erläßt[13]), ebenso bei einem negativen Schuldanerkenntnis des Scheinvollstreckers[14]).

Auch die Entlassung aus einer für eine Nachlaßforderung übernommenen Bürgschaft ist hier zu nennen[15]). Ebenso bleiben die Befreiungen wirksam, wenn der Legitimierte gemäß § 1255 BGB. die Aufgabe eines Pfandrechts erklärt, oder wenn er dem Eigentümer eines belasteten Grundstückes gegenüber die Aufgabe einer Grunddienstbarkeit, Reallastberechtigung usw. erklärt[16]).

Inwieweit diese letzten Erklärungen auch wirksam dem Grundbuchamte direkt gegenüber abgegeben werden können, ist bereits dargelegt worden[17]).

Strohal macht hier auf einen interessanten Unterschied aufmerksam, der sich aus der Fassung der §§ 2366/67 BGB. einerseits und der §§ 892/93 l. c. andererseits ergibt. In § 2366, der dem § 892 nachgebildet ist, sind nämlich die Fälle der Befreiung von einem Rechte erwähnt, nicht dagegen im § 892. Vielmehr fallen sie dort unter die Bestimmungen des § 893. Ueber seine hieraus gezogenen Folgerungen siehe Strohal II S. 163 bes. Anm. 22. Dagegen wenden sich wohl nicht ganz mit Unrecht Eßlinger, Hennemann u. a. m.[18]).

II.

Die Vorschriften des § 2366 BGB. finden entsprechende Anwendung[19]), wenn an denjenigen, welcher in einem Testamentsvollstrecker-Zeugnis als Testamentsvollstrecker bezeich

[13]) Anders bei einem Erlaß gegenüber dem Vollstrecker: vgl. § 5, IV.
[14]) Strohal II S. 161.
[15]) Planck Anm. III 1 c, 2366.
[16]) Gelbke S. 51.
[17]) Vgl. § 5, IV a. E. dieser Abhandlung.
[18]) Eßlinger S. 90 u. Anm. 1 daselbst, Hennemann S. 64.
[19]) Analog der Bestimmung beim Erbschein, § 2367 BGB.

net ist, auf Grund eines zum Nachlaß gehörigen Rechtes eine Leistung bewirkt oder wenn zwischen ihm und einem anderen in Ansehung eines solches Rechtes ein nicht unter die Vorschrift des § 2366 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält.

D.

Es soll also weiter der gutgläubige Dritte, der eine Leistung an den Legitimierten bewirkt hat, so gestellt sein, als ob er die Leistung an einen gültig eingesetzten Testamentsvollstrecker bewirkt hätte, so daß sie auch dem Erben gegenüber gilt.

Diese Bestimmung bringt eine bedeutende Erweiterung des dem redlichen Dritten gewährten Schutzes. Denn er kann nunmehr jede Leistung an den Legitimierten richten, ohne befürchten zu müssen, daß ihn später der Erbe erneut belangen könnte. Nur muß die Leistung selbstverständlich auf Grund eines Nachlaßrechtes erfolgen.

Auch hier trifft der Schutz gleichmäßig Verfügungen über dingliche wie obligatorische Rechtsgeschäfte[20]).

Der häufigste Fall der hiernach geschützten Tatbestände wird die Bezahlung einer dem Nachlaß geschuldeten Forderung an den Legitimierten sein. Der Erfüllung durch Leistung stehen aber auch sämtliche Erfüllungssurrogate gleich. Hier ist z. B. eine Hinterlegung (nach § 372 BGB.), wenn sie wegen Annahmeverzugs oder eines anderen in der Person des Legitimierten liegenden Hindernisses erfolgt, sowie eine Aufrechnung mit einer Nachlaßforderung zu nennen. Denn in solchen Fällen wird ebenso wie durch Erfüllung an den Legitimierten geleistet[21]). Strohal erwähnt hier die Fälle, in denen sich mit der durch Rechtsgeschäft erzielten Befreiung dann ein notwendiger anderer, gesetzlicher Erwerb verbindet[22]).

---

[20]) U. a. Planck Anm. III C 2, 2365 ff.
[21]) Krafft S. 291, Crome V S. 291 Anm. 47.
[22]) Strohal II S. 164 ff.; vgl. auch § 5, III d. A.

E.

Schließlich faßt der Gesetzgeber alle übrigen Rechtsgeschäfte, die eine Verfügung über Nachlaßgegenstände enthalten und bisher noch nicht getroffen sind, in § 2367 Halbs. 2 BGB. zusammen und gewährt dem redlichen Dritten, dessen Rechtslage da durch geändert wird, Schutz.

Es werden also nur Verfügungen getroffen, auch hier ist für Rechtsgeschäfte, durch die nur eine Verbindlichkeit begründet wird, kein Platz[23]).

Da die Befreiung von einem zum Nachlaß gehörigen Rechte bereits durch § 2366 gedeckt ist, ist hier an solche Befreiung nicht mehr zu denken[24]).

Es gehören aber hierher eine vom Legitimierten vorgenommene Aufrechnung mit einer Nachlaßforderung, eine Stundung, die inhaltliche Veränderung eines Rechtes durch Vertrag mit dem Dritten, eine Rangänderung dinglicher Rechte[25]) u. a. m.

Geschützt werden ferner hiernach solche rechtsgeschäftlichen Verfügungen, durch die der Dritte lediglich eine veränderte Rechtsstellung erwirbt.

Endlich hat man hierher eine Willenserklärung zu rechnen, die der Dritte dem Legitimierten gegenüber abgibt, wenn sie nur eine Verfügung über ein Nachlaßrecht betrifft. Eine besondere Bestimmung ist hierüber nicht in das BGB. aufgenommen worden. Der Entw. I dagegen hatte eine solche vorgesehen. Wenn man sie später fallen ließ, so ist damit nach Prot. V S. 684 eine sachliche Aenderung nicht bezweckt gewesen. Eine andere Lösung dieser Frage würde eine entschiedene Ungerechtigkeit bedeuten.

Solche Willenserklärungen sind Mahnung, Kündigung, Mängelanzeige und auch ein Angebot der Leistung mit der Wirkung des Annahmeverzuges[26]).

---

[23]) § 8 dieser Abhandlung.
[24]) Vgl. Strohal II S. 166 Anm. 25: auch § 7, C d. A.
[25]) Crome V S. 291 Anm. 45, Planck Anm. 1 b und c, 2367.
[26]) Strohal II S. 169 f., Krafft S. 292.

Umgekehrt ist selbstverständlich nicht anzunehmen, daß die gleichen Willenserklärungen geschützt sind, wenn der Legitimierte sie abgibt, da dies nur zu Lasten des Dritten wirken würde.

Die hier von Strohal beim Erbschein aufgeworfene Frage, ob die Verpachtung oder Vermietung eines Grundstückes durch den Legitimierten als eine Verfügung im Sinne der §§ 2366/67 BGB. anzusehen ist, wird von verschiedenen Seiten verneint[27]) mit der nicht unbeachtlichen Begründung, daß das Miet- und Pachtrecht als ein rein obligatorisches Recht nur auf Grund einer ausdrücklichen Sondervorschrift geschützt werden könne, wie sie jetzt noch nicht bestehe.

Man kann aber meines Erachtens doch aus Gründen der Billigkeit mit Strohal der Ansicht sein, daß im Sinne dieser Vorschriften Miete und Pacht in Verbindung mit der Besitzüberlassung des Grundstücks eine Verfügung darstellen, und kann den Schutz aus § 2367 auf den Erwerb dieser Rechte ausdehnen[28]).

§ 8.

Verpflichtungsgeschäfte des Vollstreckers.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß im Rahmen dieser sämtlichen, in den §§ 2366 f. BGB. erwähnten Gruppen die Verpflichtungsgeschäfte nirgends Platz finden. Für den Erbschein ist die Ablehnung der Ausdehnung des Schutzes auch auf solche Geschäfte deshalb durchweg[1]) anerkannt.

Trotzdem wird in der Wissenschaft allgemein die Ansicht vertreten[2]), daß der öffentliche Glaube des Testaments-

[27]) Planck Anm. 2, 2367, Weiner S. 68 f. u. a.

[28]) Vgl. Strohal II S. 167, 168 Anm. 26; ebenso Leist S. 57, Eßlinger S. 89. Für das Testamentsvollstrecker-Zeugnis fällt die entscheidende Bedeutung dieser Frage dadurch fort, daß sich der Schutz auch auf Verpflichtungsgeschäfte bezieht.

[1]) Planck Anm. 2, 2367, Dernburg V S. 461 Strohal II S. 151, Krafft S. 274, Staudinger Anm. III C 3, 2366 f. u. a. m.

[2]) Strohal II S. 173, Crome V S. 292, Staudinger Anm. I c, 2368, Planck Anm. 12, 2368. Leonhard Anm. IV B, 2368 uff.

vollstrecker-Zeugnisses sich auch auf die Verbindlichkeiten bezieht, die der Scheinvollstrecker für den Nachlaß eingeht.

Man darf sich aber nicht verhehlen, daß man hiergegen nicht ohne innere Begründung mancherlei Einwendungen erheben könnte. Sollen doch hier die Vorschriften über den Erbschein „entsprechende Anwendung" finden, bei dem eben gerade alle Verpflichtungsgeschäfte vom Schutze ausgeschlossen bleiben. Ist doch meistenteils überhaupt der Zweck des gutgläubigen Erwerbs vom Unberechtigten nur darin zu finden[3]), daß bereits wirksam gewordene Aenderungen nicht wieder rückgängig gemacht werden sollen, wenn Dritte an die Rechtmäßigkeit des neuen Rechtszustandes glauben, nicht aber darin, daß künftige Aenderungen entgegen dem tatsächlichen Rechte dennoch durchgesetzt werden sollen.

Auch darauf, daß die Vermutung beim Zeugnisse weiter geht als wie beim Erbschein, kann man eine Ausdehnung des Schutzes noch nicht ohne weiteres stützen. Denn die Worte „soweit die Vermutung des § 2365 reicht", nach denen also der Umfang der Vermutung für den des öffentlichen Glaubens maßgebend sein soll, befinden sich gerade im § 2366, also innerhalb der hier gezogenen Schranken.

Endlich ist die Behauptung, daß die Erstreckung der Schutzwirkung unbedingt erforderlich sei, auch nicht im vollen Umfange begründet. Denn die Folgen, die sich aus einer Ablehnung der Ausdehnung ergeben würden, wären meines Erachtens nicht unerträglich. Nach § 2218 BGB. finden nämlich auf die gültige Testamentsvollstreckung verschiedene Vorschriften über den Auftrag Anwendung. Es erscheint deshalb unbedenklich, beim falschen Testamentsvollstrecker die Geschäftsführung ohne Auftrag heranzuziehen, und demnach entsprechend für das Außenverhältnis zum Dritten die Vorschriften der §§ 177 ff. BGB.[4]).

---

[3]) So nach §§ 891 ff., 932 ff., 2366 f. BGB.

[4]) Damit würde noch nicht auf die alte Mandatstheorie zurückgegriffen; vgl. Strohal I S. 292 Anm. 2, Dernburg V S. 386 Anm. 4.

Hieraus ergäben sich nicht unbillige Verhältnisse unter den Beteiligten, die durch die eigenartigen, später noch zu behandelnden Schutzvorschriften, die sich aus § 2206 ableiten lassen, noch eine Besserung erfahren könnten.

Man kann nach alledem verstehen, daß eine Sondervorschrift des Gesetzes über diese Erstreckung vermißt wird.

Eine nähere Begründung, weshalb eine solche Ausdehnung auf Verpflichtungsgeschäfte vorzunehmen sei, fehlt in der Literatur fast stets, meist wird nur die nackte Tatsache erwähnt. Soweit eine Begründung unternommen wird, begnügt sie sich wie z. B. Drummen[5]) mit dem bereits gerügten Fehlschuß aus der weitergehenden Vermutung des Zeugnisses. Arnoldi[6]) bezieht sich auf die persönliche Vertretungsmacht, die dem Vollstrecker im Gegensatz zum Scheinerben zustehe. Demgegenüber ist zu betonen, daß selbst der wirkliche Vollstrecker nach richtiger Auffassung nicht Vertreter des Erben ist, daß die Vertreterstellung einem falschen Vollstrecker doch aber ganz bestimmt ebensowenig zukommt wie einem Scheinerben.

Und doch erscheint es trotz alledem als das Gegebene, die unmittelbare Erweiterung der Schutzvorschriften auf Verpflichtungsgeschäfte des Scheinvollstreckers zu billigen.

Schon der Umstand, daß unser Zeugnis fast völlig der Wissenschaft und Praxis zur weiteren Ausbildung überlassen ist, berechtigt zu größerer Freiheit in seiner Behandlung. Ist man hier doch überhaupt ganz auf die Heranziehung entsprechender Vorschriften angewiesen.

Unter diesem Gesichtspunkte erscheint die Ansicht der Protokolle[7]) von größter Bedeutung. Es heißt nämlich dort:

„Aus der entsprechenden Anwendung folge, daß eine Verbindlichkeit, welche von dem Testamentsvollstrecker eingegangen sei, dem die unumschränkte Ermächtigung zur Eingehung von Verbindlichkeiten zustehe, den ganzen Nachlaß ergreife, nicht nur den in der Hand des Testamentsvollstreckers. Der Schutz des Dritten gehe hier

[5]) Drummen S. 52; ebenso Leonhard Anm. IV 2, 2368.
[6]) Arnoldi S. 61.
[7]) Prot. V S. 691.

über den § 2077 (d. Entw.), der nur von Verfügungen spreche, hinaus."

Hier wird also ganz bestimmt die Möglichkeit einer solchen Erstreckung anerkannt.

Weiter könnte man sich auf die Aehnlichkeit der Stellung eines Bevollmächtigten stützen, dessen Vollmacht trotz Erlöschens nach außen fortbestehen kann. Es ist einleuchtend, daß hier eine dem Scheinvollstrecker sehr nahekommende Lage gegeben ist, und auch dort ist der Schutz Dritter nicht auf Verfügungsgeschäfte beschränkt.

Nicht zuletzt darf man sich von der praktischen Erwägung leiten lassen, daß die Vereinfachung gegenüber dem von mir zuvor als möglich bezeichneten Wege sehr für eine unmittelbare Erweiterung des Schutzes spricht. Entscheidend aber ist meines Erachtens allein die grundlegende Verschiedenheit beider Institute, wie ich sie schon mehrfach geschildert habe[8]), die selbst eine so einschneidende Abweichung zweifellos rechtfertigen kann.

§ 9.

Verhältnis zu anderen Schutzbestimmungen.

Nicht genügend scheint bisher in der Literatur über das Testamentsvollstrecker-Zeugnis die Möglichkeit einer Konkurrenz mit anderen Bestimmungen über gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten betrachtet worden zu sein[1]).

An den Anfang soll hier der Fall gestellt werden, daß mehrere Testamentsvollstrecker-Zeugnisse zusammentreffen. Es ist dabei nicht anzunehmen, daß sie sich in ihrer Wirkung aufheben, vielmehr bleiben beide hinsichtlich ihres öffentlichen Glaubens in Kraft[2]).

Man denke hier an die Möglichkeit, daß zwei verschiedene, sich für zuständig haltende Nachlaßgerichte von-

---

[8]) Vgl. §§ 3, 5 dieser Abhandlung.

[1]) Gewöhnlich werden ohne Prüfung unrichtig die entsprechenden Erörterungen aus dem Rechte des Erbscheins übertragen; vgl. z. B. Hennemann S. 65 f., Walther S. 40 beim Immobiliarverkehr.

[2]) Strohal II S. 169, Staudinger Anm. III E, 2365 ff.: a. M. Planck Anm. VII, 2366; vgl. § 3 d. A.

einander abweichende Zeugnisse erteilt haben. Wird nun von den Legitimierten zugunsten zweier verschiedener gutgläubiger Dritter über denselben Nachlaßgegenstand verfügt, so liegen eigentlich bei beiden die Voraussetzungen des Erwerbsschutzes vor. Es entscheidet hier Prävenienz, da mit dem vom ersten Gutgläubigen gemachten Erwerb der Gegenstand aus dem Nachlasse ausgeschieden ist.

Ebenso verhält es sich, wenn auf der einen Seite ein Zeugnis unserer Art, auf der anderen ein Erbschein auftritt[3]). Ein solcher Fall liegt vor, wenn einem Vollstreckerzeugnis ein Erbschein gegenübersteht, in dem die Testamentsvollstreckung nicht erwähnt ist. Keinem der beiden Zeugnisse kommt hier eine größere Kraft zu, vielmehr kann auch hier nur die Zeitfolge des Erwerbs entscheiden.

Eine andere Frage ist es, inwieweit bei Kenntnis des widersprechenden Zeugnisses noch Gutgläubigkeit möglich ist.

Bei der Erörterung darüber, wie sich der öffentliche Glaube des Testamentsvollstrecker-Zeugnisses zu anderen Vorschriften des Gesetzes über den Erwerb vom Nichtberechtigten verhält, ist von der Besonderheit des Inhalts des guten Glaubens auszugehen[4]), d. h. von der Frage, worauf sich die Gutgläubigkeit bezieht. Wie erwähnt hat der Vollstrecker nur ein Verfügungsrecht über fremdes Eigentum und fremde Rechte. Schon daraus erhellt, daß Vorschriften wie die der §§ 891 ff., 932 ff. BGB. für eine Konkurrenz ausscheiden[5]). Bei den meisten anderen Bestimmungen ist ein Zusammentreffen inhaltlich undenkbar. Die Vorschriften des § 366 HGB., nach denen dort auch der Glaube an eine Verfügungsberechtigung genügt[6]), können hier auch nie in Frage kommen, da sie sich nur auf Handelsgeschäfte beziehen[7]).

[3]) Anders bei der Vermutung aus § 2365; vgl. zit. § 3.

[4]) Vgl. auch § 5 a. A. dieser Abhandlung.

[5]) Beim Erwerb nach §§ 793, 797 BGB. ist dagegen z. B. überhaupt kein guter Glaube erforderlich.

[6]) Entsch. d. OLG. 6 S. 118.

[7]) Geschäfte des Testamentsvollstreckers können nie zu dessen Handelsgewerbe gehören; vgl. § 343 HGB.

Es ist also, vor allem soweit bewegliche Sachen in Frage kommen, ein Erwerb vom Scheinvollstrecker auf Grund anderweiter Bestimmungen als der nach §§ 2365 ff. BGB. nicht möglich.

Ebensowenig läßt sich aber auch ein Fall denken[8]), in dem ein Erwerb vom legitimierten Vollstrecker auf Grund der §§ 892, 893 BGB. geschehen könnte. Wohl wird die Testamentsvollstreckung nach § 53 GBO. ins Grundbuch eingetragen, aber niemals kann sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs auf die Rechtmäßigkeit der Einsetzung eines bestimmten Vollstreckers beziehen. Dies ergibt sich schon daraus, daß nicht einmal der Name des Vollstreckers ins Grundbuch eingetragen wird[9]).

Es kommt also nicht darauf an, ob der Vollstrecker vor einer Verfügung über ein grundbücherliches Recht zunächst den Erben als Eigentümer eintragen läßt oder nicht[10]). Stets kann der Dritte sich nur auf den Schutz des Zeugnisses berufen. Hat bei der Verfügung kein solches vorgelegen[11]), so versagt der Schutz.

Nur in einem Falle kann eine Eintragung im Grundbuch von praktischer (aber nur negativer) Bedeutung für den gutgläubigen Erwerber sein, nämlich dann, wenn im Grundbuche ein Widerspruch gegen die Eintragung der Testamentsvollstreckung vermerkt ist. Es entsteht hier die Frage, ob dadurch der gute Glaube an die Richtigkeit des Zeugnisses entwertet wird.

Dies ist entschieden zu bejahen[12]). „Denn wer ein Buchrecht erwirbt, erwirbt es notwendig in der zur Zeit des Erwerbs vorhandenen bücherlichen Beschaffenheit, und hieran vermag auch ein Erbschein (oder Vollstreckerzeugnis) nichts zu ändern[13])."

[8]) a. M. Walther S. 40.
[9]) Roth S. 65 Anm. 3, 53.
[10]) § 41 Abs. II GBO.
[11]) § 36 Abs. II i. V. mit Abs. I Satz 2 l. c.
[12]) So Planck Anm. VI, 2366; a. M. Eßlinger S. 99.
[13]) Vgl. die eingehenden Ausführungen Strohals II S. 156 Anm. 9, denen auch für das Testamentsvollstrecker-Zeugnis zuzustimmen ist.

§ 10.

Schluß.

Ein besonderer Fall des Schutzes der Gutgläubigkeit nach § 2206 BGB.

Im Anschluß an die Darstellung des öffentlichen Glaubens des Testamentsvollstrecker-Zeugnisses möchte ich hier noch auf einen interessanten, weil wohl fast einzig dastehenden Fall eines anders gearteten Schutzes des gutgläubigen Dritten kurz eingehen.

Nach § 2206 BGB. ist der Testamentsvollstrecker im allgemeinen nur insoweit zur Eingehung von Verbindlichkeiten berechtigt, *als sie zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses notwendig sind.*

Diese Voraussetzung ist eine quaestio facti. Von ihrer Prüfung müßte man die Wirksamkeit der vom Vollstrecker eingegangenen Verbindlichkeiten eigentlich voll abhängig machen.

Es ist nun die Streitfrage in der Literatur aufgeworfen worden, ob das hier in Rede stehende Erfordernis rein im objektiven Sinne[1]) aufzufassen ist oder ob man den subjektiven Parteivorstellungen einen Einfluß zuschreiben dürfte.

Für die erstere Ansicht spricht ohne Zweifel die Fassung des Gesetzes. Staudinger[2]) vermißt deshalb eine positive Rechtsbestimmung, ohne die er dem Dritten keinen Schutz gewähren zu können glaubt.

Ein solcher Rechtssatz war auch von der zweiten Kommission zunächst geplant. Sie hat aber seine Einführung ins Gesetz mit voller Absicht vermieden, um nicht dadurch für verwandte Vorschriften ein unbeabsichtigtes argumentum e contrario zu schaffen[3]).

---

[1]) Dieser ersten Meinung sind z. B. Staudinger Anm. 1, 2206, Leonhard Anm. I A 2, 2206 Kretzschmar S. 190 Anm. 23.
[2]) Staudinger a. a. O.
[3]) Planck Anm. 2 a, 2206, Protokolle der Subkommission S. 7, 11.

Sachlich wollte sie durch das Weglassen dieses Rechtssatzes aber keine Aenderung bewirken. Sie war vielmehr der richtigen Ansicht, daß es zur Wirksamkeit der Verbindlichkeit genügen müsse, wenn der Dritte bei der Begründung des Schuldverhältnisses annehmen durfte, daß die Eingehung der Verbindlichkeit zur ordnungsmäßigen Verwaltung notwendig gewesen sei.

Dabei wurde auch noch erwogen[4]), daß man eine besondere, dies ausdrücklich bestimmende Vorschrift um so weniger aufzunehmen brauchte, als das Reichsoberhandelsgericht die Frage bereits beim Liquidator einer Handelsgesellschaft in dem erwünschten Sinne entschieden hatte[5]).

Man kann deshalb wohl sich dahin entscheiden, daß man bei so deutlich ausgesprochener Absicht mit Rücksicht auf entschieden der Billigkeit entsprechende Ansprüche einen Schutz auch dann annehmen kann, wenn er aus der Fassung des Gesetzes sich nicht ergibt[6]).

Diese Ansicht wird deshalb auch mehrfach in der Literatur vertreten[7]).

Es ist also bei den sich aus § 2206 BGB. ergebenden Fragen nach der Wirksamkeit der Verpflichtungsgeschäfte der berechtigte subjektive Standpunkt des Dritten zu berücksichtigen.

Nun steht nichts im Wege, diesen Satz in entsprechender Anwendung auch auf den § 2207 auszudehnen.

Dann aber wird der gutgläubige Dritte also allgemein geschützt, wenn er mit Grund annehmen darf, daß der Vollstrecker zu dem in Frage stehenden Verpflichtungsgeschäft berechtigt war, einerlei, ob er diese Berechtigung tatsächlich hatte oder nicht.

Man könnte also für den Fall der Unrichtigkeit unseres Zeugnisses, der sich nur auf den Umfang der Befugnisse erstreckt, einen Schutz des gutgläubigen Dritten auch aus dieser Bestimmung ableiten.

---

[4]) Prot. V S. 528, 530.
[5]) Planck Anm. I 3, 2206.
[6]) Enneccerus, Kipp und Wolff II, 3 S. 367.
[7]) Planck Anm. I 3, 2206, Strohal I S. 279 (Anm. 18 § 40 a), Endemann III S. 226, Dernburg V S. 404 u. a. m.